

in *La Mediazione*, n. 12/2016, pp. 19-30

### Sommario

1. *La mediazione sanitaria*
2. *Le controversie in sanità*
3. *Il rischio clinico*
4. *La 'medicina difensiva'*
5. *L'obbligo assicurativo del professionista*
6. *L'evoluzione della disciplina della responsabilità del professionista*
7. *Conclusioni*

### 1: *La mediazione sanitaria*

Il Ministero della Salute ha esposto nel *Manuale di formazione per il governo clinico: la sicurezza dei pazienti e degli operatori*<sup>1</sup> le ragioni a favore delle procedure extragiudiziali quale scelta da privilegiare nella composizione dei conflitti riposti sulla responsabilità sanitaria.

Del resto, anche la legge 9 agosto 2013, n. 98<sup>2</sup> si è espressa per la particolare attinenza della mediazione alle controversie della sfera sanitaria, sostituendo l'originaria formulazione '*responsabilità medica*' del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (compresa fra i casi di obbligatorio ricorso alla mediazione prima di procedere in sede giudiziaria) con '*responsabilità sanitaria*', così comprendendo ogni conflitto del quale siano parte medici, strutture ospedaliere, infermieri, laboratori di analisi, tecnici paramedici, veterinari.

Si tratta di una opportuna evoluzione, anche alla luce delle considerazioni del richiamato *Manuale* del Ministero della salute, ove si legge<sup>3</sup> che "*i sistemi che utilizzano sistematicamente i metodi ADR godono di una maggiore flessibilità e adattabilità rispetto alla varietà delle richieste dei propri utenti, essendo in grado di garantire risposte più personalizzate, ma in sanità le difficoltà nell'applicazione dei metodi ADR derivano soprattutto dalla diffidenza da parte della componente medica*".

---

\* Professore di Istituzioni di diritto privato e di Diritto dei consumatori nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Avvocato.

<sup>1</sup> Dipartimento della programmazione e dell'ordinamento del servizio sanitario nazionale, Roma, 2012.

<sup>2</sup> Che ha convertito il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, cosiddetto 'decreto del fare'.

<sup>3</sup> Pag. 11 ss.

La diffidenza può comprendersi in quanto la mediazione in sanità si caratterizza per specifici tratti, quali l'eterogeneità dei soggetti coinvolti, l'elevata specificità tecnica e psicologico-relazionale dei singoli casi, la complessità dei sistemi sanitari, la particolare delicatezza del bene sotteso, la salute, garantito dalla Costituzione quale diritto inviolabile, che segnano una netta demarcazione con altre tipologie di conflitto, evidenziando inoltre le specificità delle competenze necessarie al mediatore chiamato ad intervenire.

Affinché possano superarsi le diffidenze garantendo una adeguata tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti, il mediatore necessita di una specifica formazione inerente la sfera sanitaria in ogni suo aspetto: solo così può essere in grado di comprendere le situazioni ed il contesto in cui i fatti si sono verificati, specie a fronte di carenze organizzative delle strutture.

Scopo primario della mediazione in ambito sanitario –rileva sempre il *Manuale* del Ministero- deve essere non tanto il raggiungimento di un accordo che formalizzi un *quantum* risarcitorio, quanto piuttosto il pieno recupero fisico del paziente, laddove possibile, e la ricostituzione della fiducia e del dialogo fra lo stesso paziente e la struttura sanitaria, obiettivo essenziale per la tutela dell'intero sistema sanitario.

Ulteriori aspetti critici che ostano alla diffusione della mediazione in ambito sanitario sono individuati dal *Manuale*, innanzitutto, nelle caratteristiche degli Organismi di mediazione, che generalmente non dispongono delle peculiari competenze tanto medico legali, quanto nelle diverse specializzazioni mediche; in secondo luogo nel ruolo delle assicurazioni nei procedimenti di mediazione.

Ad oggi, infatti, le imprese di assicurazione seguono logiche improntate ad una gestione processualistica del contenzioso, precludendo, di regola, il raggiungimento di qualsivoglia accordo extragiudiziale: sembrano, in definitiva, presentarsi impreparate all'appuntamento con la mediazione, o peggio, appaiono determinate ad evitare la diffusione di procedure atte a consentire la rapida composizione dei conflitti, che dovrebbe rappresentare un interesse di tutte le parti.

La gestione non giudiziale del contenzioso sanitario deve tener conto delle dinamiche interpersonali provocate dal fallimento della relazione fra il professionista (e/o la struttura sanitaria) ed il paziente, o i suoi familiari/eredi, incentivando ed agevolando la comunicazione fra le parti sin dalla fase iniziale dell'insorgere delle dinamiche conflittuali, onde consentire modalità di incontro e confronto affinché i vissuti ed i sentimenti che sottendono in particolar modo questo tipo di conflitti non degenerino precludendo ogni sorta di dialogo, come inevitabilmente accade imboccando il percorso giudiziale.

Da ricordare, infine, che la composizione conciliativa dei conflitti da molto tempo è associata alla sfera sanitaria: il d.l.C.p.S. 13 settembre 1946, n. 233 che, con le successive

modificazioni disciplina gli Ordini ed i Collegi delle professioni sanitarie e l'esercizio delle medesime, dispone<sup>4</sup> che al consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio è attribuito, fra gli altri, il potere di “*interporsi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari o per altre questioni inerenti all'esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse*”.

Può trattarsi, come appresso si dirà, di uno strumento che merita di essere valorizzato.

## **2. Le controversie in sanità**

Le controversie in ambito sanitario sono, nella gran parte dei casi, originate da errori: un approfondito studio<sup>5</sup> indica che:

- su 8 milioni di persone che ogni anno vengono ricoverate negli ospedali italiani, 320 mila (4% circa) subiscono danni o conseguenze più o meno gravi che sarebbero evitabili;
- di queste, un numero variabile tra 14 mila (secondo le stime più ottimistiche) e 50 mila (secondo quelle più pessimistiche) muore a causa di errori compiuti dai medici o, comunque, causati da una non adeguata organizzazione delle strutture sanitarie: si consideri quale raffronto che gli incidenti stradali hanno causato in Italia nel 2014 un totale di 3381 decessi e 251.147 feriti<sup>6</sup>
- questi ‘eventi avversi’ spingono gli utenti sempre più frequentemente ad agire in giudizio: sono circa 34.000 cause ogni anno, 12 mila quelle pendenti, per una richiesta di risarcimento danni pari a circa 2,5 miliardi di euro;
- gli errori costerebbero alle strutture ospedaliere almeno 260 milioni di euro l'anno per il solo prolungamento dei tempi di degenza dei pazienti.

L'errore trova il suo *humus* naturale:

- nella esecuzione di compiti di *routine*;
- in un ambiente ben conosciuto;
- in qualcosa che attira l'attenzione distraendo dal compito iniziato.

Molti studi sono stati dedicati all'errore<sup>7</sup>, le cui cause sono generalmente imputabili a:

---

<sup>4</sup> Art. 3, alinea g.

<sup>5</sup> *Ospedali e assicurazioni: come tutelare il paziente, il personale ospedaliero e lo Stato*, Cineas, Consorzio universitario per l'ingegneria delle assicurazioni, presso il Politecnico di Milano, settembre 2014.

<sup>6</sup> Istat-Aci, *Incidenti stradali anno 2014*, 3 novembre 2015.

<sup>7</sup> Di gran lunga il più noto studioso dell'errore, in tutti i settori delle attività umane, è J. Reason, *L'errore umano* (traduzione it. di *Human Error*, Cambridge University Press, 1991), Il Mulino, Bologna, 1994.

- cause remote: eccessivi carichi di lavoro, supervisione inadeguata, struttura edilizia inadeguata, comunicazione tra gli operatori inadeguata, scarsa competenza o esperienza, ambiente di lavoro stressante, recenti modifiche organizzative del lavoro, presenza di obiettivi in conflitto (esigenze cliniche ed esigenze economiche);
- cause immediate: omissione di un intervento necessario, scarsa attenzione, violazione di un procedimento diagnostico o terapeutico, inesperienza di una procedura diagnostica, difetto di conoscenza, insufficiente competenza clinica, prescrizione illeggibile di una ricetta o di un farmaco, spiegazioni insufficienti, mancanza di coordinamento rispetto alle varie prescrizioni di medicinali;
- insufficienza dei meccanismi di controllo: mancanza di un esperto che avrebbe dovuto supervisionare una procedura tecnica, mancato controllo di una prescrizione<sup>8</sup>.

Nelle strutture ospedaliere gli errori derivano da scambio di farmaci, fraintendimenti nella lettura delle prescrizioni mediche, sviste nelle somministrazioni e nei dosaggi: così una ricerca condotta in sette ospedali da SIFO, Società italiana di farmacia ospedaliera e dei servizi farmaceutici delle aziende sanitarie, che mostra altresì come ogni cento prescrizioni si possono verificare da 4 a 15 errori<sup>9</sup>.

Sorprendenti, a questo proposito, le conclusioni cui pervengono le *Linee Guida della Regione Lazio per la gestione del rischio clinico in ospedale* (2015):

- in attesa delle cartelle cliniche elettroniche e del fascicolo sanitario elettronico, se le prescrizioni fossero sempre scritte in stampatello si potrebbe evitare l'84% degli errori nella prescrizione e nella somministrazione della terapia, diminuendo il numero degli errori sanitari che si registrano ogni anno, come si è detto circa 320.000 su di un totale di 8 milioni di ricoveri;
- 8 errori su 10 nella prescrizione della terapia derivano da sbagli nella lettura o nella trascrizione delle cartelle cliniche e potrebbero essere evitati semplicemente scrivendo la scheda clinica in modo chiaro e leggibile;
- agli errori di prescrizione è imputabile il 50% degli 'incidenti' durante i trattamenti, mentre gli errori di somministrazione sono il 26% e quelli di distribuzione dei farmaci il 14%

Sifo, Società Italiana di Farmacia Ospedaliera e dei Servizi Farmaceutici delle Aziende Sanitarie, ha curato un manuale<sup>10</sup> sulle procedure da attivare negli ospedali per il miglioramento della sicurezza dei FAR, Farmaci ad alto rischio, o ad alto livello di attenzione, in ragione della

---

<sup>8</sup> Approfonditamente, T. Pipan, a cura di, *Presunti Colpevoli. Dalle statistiche alla cartella clinica: indagine sugli errori in sanità*, Guerini, Milano, 2015.

<sup>9</sup> Ricerca citata da M. Catino, *L'errore in medicina*, in *Consumatori, diritti e mercato*, n. 1/2006, p. 71 ss.

<sup>10</sup> *Linee guida per la prevenzione del rischio clinico correlato all'utilizzo dei farmaci ad alto rischio e degli acronimi, simboli, sigle e abbreviazioni*, ottobre 2015.

potenziale tossicità o dell'alta possibilità di interazioni: i FAR sono quelli coinvolti in una elevata percentuale di errori (ad esempio, insulina, eparina, chemioterapici), quelli simili per nome, pronuncia, confezionamento, etichettatura od uso clinico.

Lo scambio di farmaci è una causa molto comune di errori di terapia a livello mondiale<sup>11</sup>, e dalle *Linee guida* Sifo si apprende che i principali fattori d'errore sono:

- scarsa conoscenza dei nomi dei farmaci;
- nuovi prodotti disponibili;
- somiglianza nel confezionamento, nel nome, nell'etichetta;
- somiglianza dell'uso clinico;
- somiglianza della concentrazione, delle forme di dosaggio e della frequenza di somministrazione;
- prescrizioni illeggibili o fraintendimento causato da prescrizioni verbali.

L'*Institute for Safe Medication Practices* (ISMP), sulla base delle segnalazioni pervenute da un campione di ospedali statunitensi, ha elaborato una lista dei FAR<sup>12</sup> nella quale sono presenti ventidue classi terapeutiche e diversi farmaci specifici ed, insieme all'agenzia federale *Food and Drug Administration* (FDA) ha promosso una campagna nazionale di istruzione per eliminare l'uso delle abbreviazioni mediche ambigue<sup>13</sup>, che sono spesso causa di fraintendimenti con danni per il paziente: i dati statunitensi indicano infatti che più di 7.000 decessi all'anno sono imputabili ad errori terapeutici nella prescrizione e nella somministrazione di farmaci.

E', quindi, sottolineata l'esigenza di eliminare l'uso di abbreviazioni potenzialmente confondibili da ogni forma di comunicazione sanitaria, incluse le prescrizioni mediche, le indicazioni terapeutiche ospedaliere, le etichette generate in ospedale dal computer, le cartelle cliniche, le etichette commerciali dei farmaci e la pubblicità.

Nel nostro Paese la Commissione tecnica sul rischio clinico del Ministero della Salute<sup>14</sup> ha elaborato il documento *Risk management in sanità. Il problema degli errori*<sup>15</sup> approfondendo la prevalenza e le cause del rischio clinico, formulando indicazioni generali ed indicando le procedure idonee alla riduzione ed alla gestione del rischio clinico: sono stati così delineati i tratti del *risk management* in sanità quale insieme di azioni complesse per migliorare la qualità delle prestazioni sanitarie, avente quale fine la sicurezza basata sull'apprendimento dall'errore<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Come è confermato da *Joint Commission International Accreditation Standards for Hospitals* (V ed., 2015), gli standard statunitensi di accreditamento delle strutture sanitarie internazionalmente diffusi.

<sup>12</sup> Ultimo aggiornamento agosto 2013.

<sup>13</sup> *Campaign to Reduce Medication Mistakes Caused by Unclear Medical Abbreviations*, giugno 2006.

<sup>14</sup> Istituita con d.m. 5 marzo 2003.

<sup>15</sup> Roma, marzo 2004.

<sup>16</sup> Come ha insegnato

Popper (K. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it di *Conjectures and*

In questa prospettiva imprescindibile aspetto dell'assistenza sanitaria è rappresentato dalla efficienza dell'organizzazione, e l'evento avverso attribuibile ad un errore deve considerarsi prevenibile.

### 3. Il rischio clinico

Cineas, Consorzio universitario per l'ingegneria delle assicurazioni, presso il Politecnico di Milano, ha condotto una ricerca sul rischio e la sua percezione su di un significativo campione di chirurghi<sup>17</sup>, dalla quale emerge che:

- l'80% del campione di chirurghi dichiara di aver subito nel corso della propria carriera professionale una denuncia o una citazione;
- il 92% del campione ritiene che il 'fattore legale' in tema di responsabilità professionale medica abbia ripercussioni sul normale svolgimento del rapporto medico/paziente e in particolare il 50% ritiene che abbia un impatto molto elevato;
- il rischio di subire una causa risulta tra i fattori di maggiore preoccupazione professionale (86%), seguito dal rischio di perdere il proprio patrimonio personale (83%) e la propria reputazione (77%).

Un primo contributo alla conoscenza dell'errore nei suoi tratti qualitativi e quantitativi è recato dal d.m. 11 dicembre 2009<sup>18</sup>, che ha promosso la raccolta volontaria delle informazioni legate ai cosiddetti 'eventi sentinella' ed alle denunce dei sinistri provenienti dalle strutture sanitarie a livello nazionale.

Con l'espressione 'eventi sentinella' si fa riferimento ad eventi avversi particolarmente gravi e potenzialmente evitabili, che possono comportare la morte o un grave danno al paziente.

Le segnalazioni concernono:

- la rilevazione delle informazioni relative agli eventi sentinella indicativi di un serio malfunzionamento del sistema sanitario;
- la rilevazione delle informazioni relative alle denunce dei sinistri, per poter determinare il rischio infortunistico ed assicurativo.

Il 5° *Rapporto di monitoraggio degli eventi sentinella nelle strutture del SSN (settembre 2005-dicembre 2012)*<sup>19</sup>, compendia in 1918 le segnalazioni volontarie di eventi sentinella -

---

*Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, New York 1963, Il Mulino, Bologna, 1969) il metodo per prove ed errori, che abitualmente viene adottato dagli organismi viventi nel processo di adattamento e dallo scienziato di fronte a un determinato problema, è essenzialmente un metodo di *eliminazione* degli errori di adattamento da parte degli esseri viventi, i quali in questo modo scelgono e fissano le condotte utili, dopo aver scartato quelle improduttive, assicurandosi così la sopravvivenza e lo sviluppo.

<sup>17</sup> *Rischio clinico ed r.c. professionale su di un campione di 729 soci Acoi, Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani*, Milano, aprile 2014.

<sup>18</sup> Recante la *Istituzione del sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità* (Simes).

<sup>19</sup> A cura della Direzione generale della programmazione sanitaria del ministero della Salute, Roma, aprile 2015.

verificatisi nelle strutture del Servizio sanitario nazionale tra il 2005 e il 2012- pervenute al Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità che, come si è detto, ha il compito di raccogliere le informazioni relative agli eventi sentinella ed alle denunce dei sinistri su tutto il territorio nazionale, consentendo la valutazione dei rischi ed il monitoraggio completo degli eventi avversi.

La volontarietà delle segnalazioni –conformi ai requisiti stabiliti dal *Protocollo di Monitoraggio degli eventi sentinella*- rappresenta un limite alla completezza dei dati, ed a questo proposito si legge nel *Rapporto* che “*nonostante i buoni risultati raggiunti, la sottosegnalazione rimane una problematica rilevante, evidenziando che le motivazioni culturali e organizzative alla base del fenomeno sono ancora forti e diffuse*”.

Ciò premesso:

- l’evento più segnalato (24,6%) è la “*morte o grave danno per caduta di paziente*”, seguito dal “*suicidio o tentato suicidio di paziente in ospedale*” (15,4%);
- l’evento ha comportato la morte del paziente nel 36,8% dei casi, mentre si è verificato un trauma grave nel 14,4% dei casi, che ha reso necessario un nuovo intervento chirurgico nel 10,3% dei casi;
- gli eventi segnalati si sono verificati principalmente nei reparti di degenza (39,3%), seguiti dalla sala operatoria (18,7%), e l’area di assistenza maggiormente interessata è stata la medicina generale (13,6%), seguita da ostetricia e ginecologia (10,8%).

Nel dettaglio si rilevano:

- atti di violenza in danno di un operatore sanitario: 8,6%;
- strumenti od altri materiali lasciati all’interno del campo operatorio, sì da richiedere un nuovo intervento: 8,29%;
- morte o grave danno imprevedibile conseguente un intervento chirurgico: 7,04%;
- morte o disabilità permanente di neonato sano di peso superiore a g 2500 non correlata ad alcuna malattia congenita: 4,28%;
- morte, coma o gravi alterazioni funzionali derivanti da errori in terapia farmacologica 4,12%;
- reazione trasfusionale conseguente ad incompatibilità: 3,75;
- trattamenti psichiatrici e psicologici specifici in conseguenza di tentativi di suicidio o di violenze subite nella struttura ospedaliera: 1,46.

Il Ministero della Salute, nella Raccomandazione n. 7/2008 relativa alla *Prevenzione della morte, coma o grave danno derivati da errori in terapia farmacologica*<sup>20</sup>, fornisce elementi di

---

<sup>20</sup> Roma, marzo 2008.

notevole utilità per qualificare i rischi insiti nelle terapie farmacologiche: *“gli eventi avversi dovuti ad errori in corso di terapia farmacologia sono la causa di danno più frequente nei pazienti ospedalizzati; possono verificarsi durante tutto il processo di gestione del farmaco e pertanto ai fini della prevenzione si deve prendere in considerazione l'intero sistema di gestione delle terapie”*.

Gli errori nella prescrizione e nella somministrazione dei farmaci rappresentano un fenomeno generalizzato, riscontrabile in tutti i Paesi avanzati: rileva a questo riguardo la *Raccomandazione* che *“studi condotti a livello internazionale riportano che le cause degli errori in terapia sono multifattoriali e coinvolgono differenti operatori sanitari, ciascuno dei quali interagisce a vari livelli nel processo di gestione del farmaco: si tratta di errori che, se opportunamente monitorati e valutati, possono essere evitati”*.

Così, in relazione agli errori nella scelta terapeutica, si legge anche che *“in uno studio condotto nel Regno Unito nel 2000, più della metà degli eventi registrati è dovuta ad errori legati ad un uso non corretto dei farmaci, come uno studio realizzato in 1116 ospedali statunitensi nel 2001, ha evidenziato che gli errori in terapia si verificano nel 5% circa dei pazienti ricoverati in un anno”*.

Completamente diverso è il caso degli errori nella redazione e nella interpretazione della prescrizione: *“il processo di scrittura della prescrizione concerne qualità e completezza delle informazioni essenziali. L'atto della prescrizione da parte del medico può essere influenzato da vuoti di memoria, dimenticanze dovute ad interruzioni frequenti, fretta, stress e fatica o incompleta conoscenza dei farmaci e del paziente”*.

Le cause più comuni di errore nella scelta terapeutica sono rappresentate da:

- prescrizioni estranee alle indicazioni terapeutiche;
- controindicazioni per associazione inappropriata a causa della scarsa conoscenza delle interazioni tra farmaci diversi;
- errata scelta della forma farmaceutica, dosaggi, via di somministrazione, intervallo di somministrazione;
- raccolta incompleta delle informazioni essenziali relative al paziente, quali nome, diagnosi, anamnesi clinica e farmacologia, allergie conosciute, terapie farmacologiche concomitanti, reazioni farmacogenetiche, ipersensibilità;

Le cause, invece, di errore imputabile a fraintendimenti, di gran lunga le più facilmente evitabili, sono:

- prescrizione illeggibile per cattiva grafia;
- duplicazione della terapia;

- prescrizione incompleta o che genera confusione relativamente alla via di somministrazione, alla dose o alla forma farmaceutica;
- prescrizione frettolosa ed imprecisa: si può confondere il dosaggio per virgole mal posizionate;
- prescrizione telefonica o verbale in caso d'urgenza, che può indurre a confusione o fraintendimenti, ad esempio nel caso di farmaci con denominazione o fonetica simili;
- uso di acronimi, espressioni ed abbreviazioni non standardizzate.

#### 4. La 'medicina difensiva'

Ben 13 miliardi € annui, pari al 10% della spesa sanitaria nazionale, sono addebitabili alla cosiddetta 'medicina difensiva', che si configura ogniqualvolta i medici prescrivano test, analisi, visite o, viceversa, evitino pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non necessariamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*.

Al fine di evitare possibili addebiti di responsabilità, i medici tendono così a seguire pedissequamente protocolli e linee-guida, prescrivendo esami o ricoveri quando siano astrattamente previsti per quel dubbio diagnostico o per quella patologia, pur non essendo realmente necessari nello specifico caso<sup>21</sup>.

L'Ordine provinciale di Roma dei medici chirurghi e degli odontoiatri ha condotto la prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva in relazione ad un campione stratificato per classe d'età e area geografica, pari a 2.783 unità, rappresentativo di tutti i medici italiani attivi in età fino a 70 anni, esclusi gli odontoiatri<sup>22</sup>.

I dati, sostanzialmente in linea con quelli della ricerca Cineas del 2014 precedentemente richiamata -che è stata condotta, però, su un campione più ristretto e di soli chirurghi- così tratteggiano la percezione del rischio:

- il 78,2 % dei medici si sente oggi più a rischio di subire un'azione giudiziaria rispetto al passato (tab. 1);
- il 65,4 % si sente sotto pressione nella pratica clinica di tutti i giorni (tab. 2);
- il 68,9% dichiara che la probabilità di essere denunciato è fino al 30%, mentre il 25% circa dichiara che la probabilità è superiore al 30% (tab. 3);
- solo il 6,7% ritiene che la probabilità di essere denunciati sia nulla (tab. 3);
- il 77,1 % circa ritiene che le norme giuridiche che disciplinano oggi la responsabilità professionale si ripercuotano abbastanza/molto sulla qualità delle cure (tab. 13);

<sup>21</sup> *Ospedali e assicurazioni: come tutelare il paziente, il personale ospedaliero e lo Stato*, Cineas, Consorzio universitario per l'ingegneria delle assicurazioni, Politecnico di Milano, settembre 2014.

<sup>22</sup> *Chi si difende da chi? E perché?*, Roma, novembre 2010.

- l'82,7% ritiene che le norme si ripercuotano abbastanza/molto sul rapporto medico-paziente (tab. 13);
- il 73,6 % circa dichiara di aver stipulato un'assicurazione RC professionale il cui costo annuo medio è di 1.147 € (tab. 18);
- il 35,9 % ritiene che gli errori medici potenzialmente dannosi (e, quindi, non gli errori in generale) siano abbastanza/molto diffusi (tab. 19).

Quanto alle prescrizioni inutili, la medesima ricerca indica:

- farmaci: circa il 53 % dichiara di prescrivere farmaci per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni sono il 13% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici molto giovani, quelli di assistenza primaria, in chirurgia, ostetricia-ginecologia, ortopedia e medicina di urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (Tab. 4);
- visite specialistiche: il 73 % ed oltre dichiara di prescrivere visite specialistiche per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni costituiscono il 21% di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici fino a 44 anni d'età, in assistenza primaria, medici ospedalieri, in medicina interna, in nefrologia-urologia, neurologia e neurochirurgia, ortopedia, ostetricia-ginecologia e medicina di urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 5);
- esami di laboratorio: circa il 71% dichiara di prescrivere esami di laboratorio per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni costituiscono il 21% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici ospedalieri pubblici, in assistenza primaria, chirurgia, medicina interna, nefrologia-urologia, ortopedia, ostetricia-ginecologia e medicina d'urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole. (tab. 6);
- esami strumentali: circa il 75,6% dichiara di prescrivere esami strumentali per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni rappresentano il 22,6 % circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici ospedalieri, in assistenza primaria, chirurgia, medicina interna, nefrologia-urologia, ortopedia, ostetricia-ginecologia e medicina d'urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 7-8-9);
- ricoveri: circa il 49,9 dichiara di prescrivere ricoveri per ragioni di medicina difensiva e, mediamente, tali prescrizioni costituiscono l'11% circa di tutte le prescrizioni. Il fenomeno è leggermente più accentuato presso i medici giovani, i medici di ospedale pubblico, in cardiologia, chirurgia, medicina interna, ostetricia-ginecologia e medicina d'urgenza, residenti nelle regioni del sud e delle isole (tab. 10).

L'*Indagine conoscitiva nazionale sulla medicina difensiva* rappresenta la relazione finale<sup>23</sup> della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori sanitari<sup>24</sup> ed ha riguardato un campione di 570 casi di presunta malasanità, collocati fra aprile 2009 e dicembre 2012: in 400 casi si è avuta la morte del paziente, anche se risulta che il 95% dei procedimenti penali per lesioni personali colpose a carico di esercenti le professioni sanitarie si conclude con il proscioglimento, mentre in sede civile le richieste di risarcimento vengono accolte nel 34% dei casi.

L'*Indagine* indica che l'incidenza percentuale dei costi della medicina difensiva sulla spesa sanitaria complessiva è del 10,5%, pari a 0,75 punti PIL, (importo equivalente a quanto investito in ricerca e sviluppo nel nostro Paese) ed è imputabile a tutti i medici, tanto dipendenti di strutture pubbliche, quanto liberi professionisti.

Disaggregando le singole voci, incidano sull'inutile spesa:

- farmaci 1,9%;
- visite 1,7%;
- esami di laboratorio 0,7%;
- esami strumentali 0,8%;
- ricoveri 4,6%;

La medesima *Indagine* indica un inquietante esempio di pratica essenzialmente difensiva: il ricorso al taglio cesareo, che l'Organizzazione mondiale della sanità stabilisce doversi attestare intorno al 15%, ma in Italia varia da una media del 44% nei reparti di maternità minori, al 32,8% di quelli di maggiori dimensioni, con una incidenza molto più elevata nelle strutture private, determinando così una media nazionale del 35,4% dei parti.

---

<sup>23</sup> Roma, gennaio 2013.

<sup>24</sup> Istituita con deliberazione della presidenza della Camera il 5 novembre 2008 al fine di procedere (art. 4, primo comma) “alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria” alla quale furono attribuiti svariati compiti, fra i quali: indagare sulla quantità e sulla gravità degli errori sanitari verificatisi nelle strutture sanitarie pubbliche e private; valutare l'incidenza degli errori in termini di perdite di vite umane o comunque di danni alla salute dei pazienti; accertare il costo sostenuto dalle strutture sanitarie pubbliche e private per la copertura dei rischi connessi ad errori sanitari, nonché l'ammontare delle somme corrisposte ai pazienti, o ai loro aventi causa, a titolo di risarcimento del danno subito in dipendenza di errori sanitari; individuare le categorie cui sono riconducibili gli errori più frequenti, in particolare con riferimento a quelle relative all'inefficienza e alla scarsa igiene delle strutture sanitarie o all'inefficienza organizzativa; indagare sulle cause degli errori e su quanti di questi derivino da carenze di formazione del personale medico e paramedico o da carenze organizzative; verificare l'appropriatezza delle tecniche di gestione del rischio adottate; accertare l'istituzione di servizi per la rilevazione del livello di soddisfazione degli utenti, verificare le modalità di gestione dei reclami, nonché l'istituzione di altri strumenti a disposizione dei cittadini che consentano loro di tutelare nel modo migliore i propri diritti.

Dall'*Indagine* si apprende, però, che ulteriori ragioni patologiche contribuiscono a questa distorsione: il parto cesareo *“può rappresentare, infatti, una soluzione più remunerativa, considerando che, con le attuali tariffe, la Regione rimborsa alle strutture sanitarie una cifra quasi doppia per un cesareo rispetto a un parto naturale”*.

Il d.m. 9 dicembre 2015, *Condizioni di erogabilità e indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale* si propone, fra le altre, la finalità di ridurre i costi delle prescrizioni inutili mediante l'indicazione delle condizioni di erogabilità e di appropriatezza prescrittiva per 203 prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale erogabili dal Servizio sanitario nazionale: è prematuro, tuttavia, formulare un giudizio su di un provvedimento così recente e, peraltro, oggetto di molte critiche.

Specificatamente riferiti alle azioni giudiziali sono i dati pubblicati dall'Osservatorio Sanità ANIA – Marsh Risk Consulting, dai quali si evince che<sup>25</sup>:

- 34.000 sono le azioni di un anno per danni subiti in strutture ospedaliere; il 78% è relativo a lesioni personali e il 7,5% a decesso;
- nel Sud e nelle Isole è radicato il 44,5% delle azioni; nel Nord il 32,2% e nel Centro il 23,2%;
- le azioni riguardano, oltre alle strutture ospedaliere, i medici di ortopedia e traumatologia, seguiti da quelli del pronto soccorso, chirurgia, ostetricia e ginecologia ed, infine, medicina generale
- in lieve calo il numero medio di sinistri registrati nelle singole strutture ospedaliere: dai 69 del 2012 ai 58 del 2013.

I sinistri denunciati alle sole imprese di assicurazione italiane (con l'esclusione, quindi, di quelle estere operanti in Italia nel settore della r.c. sanitaria) nel 2012 sono stati 31.200, di cui quasi 19.500 relativi a polizze stipulate dalle strutture sanitarie.

La differenza di 2800 unità fra i 31.200 sinistri denunciati alle compagnie di assicurazioni e le 34.000 azioni giudiziali verosimilmente si spiega tenendo presente, innanzitutto, che un medesimo sinistro può dar luogo tanto ad azioni civili, quanto ad azioni penali; in secondo luogo che –sempre in relazione ad un singolo sinistro- le azioni possono essere molteplici, indirizzandosi alla struttura sanitaria ed a uno o più medici ritenuti corresponsabili del sinistro stesso.

Nel triennio 2010-2012, tuttavia, i sinistri denunciati sono diminuiti di oltre l'8%.

Dal 1994 al 2012 oltre il 60% dei sinistri denunciati alle compagnie, sul totale della r.c. medica, sono stati chiusi senza corrispondere risarcimenti: la percentuale è più elevata per i sinistri

---

<sup>25</sup> Settembre 2015.

relativi alle strutture sanitarie, 71%, e ciò potrebbe spiegarsi –secondo l’Osservatorio sanità- con la duplicazione delle richieste di risarcimento per i medesimi sinistri, vale a dire indirizzate sia alla struttura sanitaria, sia al medico coinvolto.

Abbastanza coerenti i dati riportati da *Medmal Claims Italia*<sup>26</sup>, ove sono analizzate le richieste di risarcimento danni nel decennio 2004-2013 su di un campione nazionale rappresentativo della sanità pubblica, identificabile con le strutture sanitarie clienti di questa società di brokeraggio assicurativo, alla quale sono pervenute nel decennio circa 42.000 richieste di risarcimento, pari a 4.163 sinistri all’anno, vale a dire 66 all’anno per ogni struttura, secondo un *trend* che dal 2009 registra qualche riduzione, fatta eccezione per l’anno 2012.

L’ammontare complessivo dei premi per il settore della responsabilità civile sanitaria è pari 543 milioni di euro per l’esercizio 2012: di questo importo il 53% è relativo a polizze stipulate dalle strutture sanitarie, ed il 47% a polizze stipulate dai professionisti sanitari.

Il tasso annuo di crescita dei premi nel periodo 2002-2012 è pari a 7,2%: 4,8% per le strutture sanitarie e 10,9% per i liberi professionisti, ma sono in contrazione (-4,3% nel 2012 rispetto al 2011) i premi relativi alle strutture sanitarie, che si indirizzano viepiù verso la cosiddetta autoassicurazione.

Nel decennio il tasso di rischio, quindi la frequenza dei sinistri, è aumentato: +4,8% ogni 100 medici, +2,7% ogni 100 posti letto e +7,2% ogni 1.000 ricoveri.

Si tratta di sinistri che valgono oltre un miliardo e mezzo di euro in risarcimenti, per un costo medio di quasi 60.000 euro a sinistro, che ha comportato un aumento dei valori assicurativi fino al 16,5% per i medici ed al 13,4% per gli infermieri.

Il valore assicurativo di un posto letto ai fini del calcolo del premio annuo è stimato intorno a 4.000 euro, un singolo ricovero intorno a 107 euro, un medico 7.000 euro e un infermiere circa 3.000 euro, con differenze considerevoli in funzione delle aree geografiche: un posto letto al Nord costa circa 3.700 euro, al Centro 5.380 euro, al Sud 2.700 euro.

Il personale medico spende per la copertura assicurativa 6.300 euro annui al Nord, fino a 9.700 euro al Centro, ma solo 3.900 euro al Sud.

Nel dettaglio, ha luogo quasi un sinistro ogni 10 posti letto, 3 ogni mille ricoveri, 17 ogni 100 medici e 7 ogni 100 infermieri.

Le specialità cliniche che subiscono la maggiore frequenza di richieste di risarcimento danni sono ortopedia (13,2%), chirurgia generale (10,3%), ostetricia e ginecologia (7,5%).

Il pronto soccorso registra il 13% delle denunce di sinistro, e nel 2013 si segnala quale il reparto che ha totalizzato più episodi di *medical malpractice*.

---

<sup>26</sup> Marsh Risk Consulting, *Medmal Claims Italia*, VI ed., febbraio 2015.

Quanto alla natura dell'errore, si conferma al primo posto fra i sinistri l'errore chirurgico (27,3%), seguito da quello diagnostico (18%) e terapeutico (10,4%), quest'ultimo in misura eguale alle cadute di pazienti e visitatori (10%).

Se si analizzano gli errori per tipologia di ospedale, le strutture sanitarie di primo livello, ovvero quelle di base, hanno registrato il maggior numero di richieste danni, pari al 54% del totale, seguono le strutture di secondo livello (ospedali ad alta intensità di cura o ad alta specializzazione) 24,5% e le strutture ospedaliere universitarie, 20%.

Distanziate sono le strutture mono-specialistiche come quelle ortopediche, 1,2%, e quelle materno-infantili, 0,4%.

I medesimi profili sono trattati –se pur utilizzando un differente campione- nella già richiamata *Indagine conoscitiva nazionale sulla medicina difensiva*<sup>27</sup>: crescono del 4,6% annuo i premi assicurativi che le aziende pagano alle compagnie, in conseguenza di un altrettanto marcato aumento delle richieste di risarcimento, ma calano del 75% i danni liquidati.

Notevole l'incremento dei premi assicurativi versati: tra il 2006 e il 2011: è stato del 23%, con una media annua del 4,6%, passando da 288 milioni di euro complessivamente versati nel 2006 a 354 milioni del 2011. Il premio medio annuo assicurativo, pagato dalle aziende sanitarie a livello nazionale, è aumentato da 2 milioni di euro nel 2006 a 2,7 nel 2011, con un incremento del 35%.

Si noti che la sesta edizione di *Medmal Claims Italia*, di Marsh Risk Consulting, precedentemente richiamata, indica un ammontare complessivo dei premi per r.c. sanitaria pari 543 milioni di euro per il 2012, con un incremento, pertanto, di ben 189 milioni fra il 2011 ed il 2012.

La richiamata *Indagine conoscitiva* della Commissione parlamentare d'inchiesta evidenzia anche un incremento delle richieste di risarcimento pari al 24%.

In netta diminuzione, però, i risarcimenti liquidati dalle imprese assicuratrici: nel medesimo intervallo temporale, gli importi pagati per risarcimento sono, infatti, passati dai 191 milioni del 2006 ai 91 milioni del 2011, con una riduzione del 75%.

In particolare nel Nord Ovest, i risarcimenti liquidati sono scesi da 68 milioni a 11 milioni, giungendo ad un sesto dei valori di cinque anni prima.

L'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali<sup>28</sup> ha assunto anche la funzione di osservatorio nazionale sui sinistri e le polizze assicurative cui affluiscono i dati raccolti attraverso il Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (Simes).

---

<sup>27</sup> Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori sanitari, Roma gennaio 2013.

<sup>28</sup> Agenas, ente pubblico non economico di rilievo nazionale, istituito con d.lgs. 30 giugno 1993, n. 26 che le attribuisce compiti di monitoraggio, valutazione, formazione e ricerca in ambito sanitario, in seguito all'intesa concernente la gestione del rischio clinico e la sicurezza dei pazienti e delle cure raggiunta fra Stato e Regioni il 20 marzo 2008.

Nell'ottobre 2015 è stato pubblicato il rapporto annuale *Monitoraggio delle denunce di sinistri 2014*, che evidenzia:

- oltre 12.000 denunce di sinistri nel 2014, a fronte di 9 milioni di ricoveri.

La ripartizione percentuale nazionale per tipologia di danno dei sinistri aperti nel 2014 così si caratterizza:

- lesioni personali: 65,86%
- decesso: 12,88%
- danni a cose: 5,67%
- lesione diritti giuridicamente rilevanti: 4,87%
- non specificato: 4,20
- altro: 6,52

In mancanza di espresse indicazioni, sembra lecito supporre che la voce 'lesione diritti giuridicamente rilevanti', la quale molto contribuisce all'incremento della conflittualità correlata alla *malpractice* medica, sia correlata agli indirizzi giurisprudenziali volti ad ampliare sia le tipologie degli interessi lesi, sia l'ambito dei soggetti risarcibili, si considerino, ad esempio, la dilatazione delle situazioni nelle quali è riconosciuto il danno non patrimoniale per la perdita di un congiunto con riferimento, ad esempio, alla "serenità della vita familiare", il riconoscimento ai conviventi *more uxorio* del diritto di ottenere il risarcimento patrimoniale e non patrimoniale nelle medesime forme riconosciute ai familiari, la risarcibilità della perdita di una *chance* di sopravvivenza ascrivibile all'errore diagnostico, specie in campo oncologico.

Il *Rapporto Agenas* evidenzia che, nel medesimo anno 2014 ma in funzione delle prestazioni erogate, i sinistri concernono:

- interventi chirurgici: 33,55%
- assistenza: 18,49%
- diagnosi: 17,31%
- altro: 23,76
- non disponibile: 0,36

Il costo medio dei sinistri liquidati, per tipologia di danno ammonta:

- decesso: 284.669,79 €
- lesione di diritti giuridicamente rilevanti: 56.032,41 €
- lesioni personali. 45.033,03 €
- danni a cose: 1.155,36 €
- altro: 4.963,03 €
- non specificato: 7.031,91 €

La percentuale di sinistri per tipologia di servizio erogato evidenzia, invece<sup>29</sup>:

- ricovero ordinario 52,43%
- pronto soccorso 15,48%
- accesso ambulatoriale 9,34%
- ricovero day hospital 2,33%
- soccorso in emergenza 2%
- altro 17,80%
- non applicabile 0,67%

Di grande interesse l'incidenza percentuale dei sinistri aperti nel 2014 in relazione ai diversi tipi di procedimento:

- stragiudiziale: 74,44%
- conciliazione: 8,98%
- giudiziale civile: 7,77%
- giudiziale penale: 7,54%
- non applicabile. 1,28%

Anche in questo caso la mancanza di indicazioni, rende plausibile supporre che la preponderante rilevanza della voce 'stragiudiziale' non significhi affatto che le liti vengano composte derogando alla competenza giudiziaria: semplicemente, poiché i dati riguardano i sinistri 'aperti' nell'anno di riferimento, essi sono ancora nella fase iniziale del contenzioso caratterizzata dai rapporti fra avvocati, in attesa, in massima parte, di imboccare la strada giudiziale.

Ciò potrebbe trovare conferma nelle indicazioni che seguono, relative alle tipologie di tramite adottate dai soggetti in lite con le amministrazioni sanitarie: il dato relativo alla scelta di un avvocato quale tramite (72,34%) è infatti pressoché equivalente (74,44) alle liti in sede extragiudiziale.

Interessante anche considerare i sinistri per tipologia di tramite, dati dai quali si apprende che:

- tramite avvocato: 72,34%
- direttamente: 10,61%

<sup>29</sup> Gli importi massimi e minimi liquidati nel 2014 per tipo di danno sono così riassumibili:

<b>DANNO</b>	<b>MAX</b>	<b>MIN</b>
lesione di diritti giuridicamente rilevanti	2.000.000,00	52,6
lesioni personali	2.466.509,00	16.510
decesso	1.401.504,00	01,00
danni a cose	7.090,00	0
altro	160.000,00	1,00

Rapporto annuale *Monitoraggio delle denunce di sinistri 2014*, cit.

- agenzia antinfortunistica. 3,87%
- associazione per i diritti del malato: 1,14%
- legale rappresentante: 0,99%
- Altro: 10,71%
- Non applicabile: 0,07%

Leggermente maggiore la ricorrenza dei sinistri presso la popolazione maschile, sebbene questa sia percentualmente inferiore nella popolazione nazionale<sup>30</sup>:

- sinistri maschi: 50,38%
- sinistri femmine: 49,62%

La distribuzione dei sinistri per classi di età si caratterizza per l'incremento con il progredire dell'età stessa:

- da 0 a 5: 3,58%
- da 6 a 14: 3,26%
- da 15 a 18: 1,38%
- da 19 a 24: 2,65%
- da 25 a 34: 8,39%
- da 35 a 44: 13,72%
- da 45 a 54: 17,13%
- da 55 a 64: 16,28%
- da 65 a 80: 21,29%
- oltre 80: 12,02%

La tipologia del danneggiato mostra, infine, che a rischio non sono i soli pazienti:

- paziente: 79,35%
- visitatore: 4,05%
- personale: 3,50%
- altro: 12,77%
- non applicabile: 0,34%

## ***5. L'obbligo assicurativo del professionista***

Il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 dispone (art. 3, n.5, capoverso e) che: *“a tutela del cliente, il professionista e' tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al*

---

<sup>30</sup> Dati Istat 2014: 48,5% maschi, 51,5% femmine.

*cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale.”*

L'obbligo è in vigore dal 15 agosto 2014 e, per quanto concerne i medici, la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri, FNOMCeO<sup>31</sup> chiarisce che i dipendenti da strutture sanitarie non sono tenuti all'obbligo, in quanto inclusi nella copertura assicurativa stipulata dall'ente di appartenenza.

Eguale esentati dall'obbligo dell'assicurazione sono i medici dipendenti che hanno optato per l'attività libero professionale intramuraria, in quanto già contribuiscono alla copertura di tutti i costi diretti ed indiretti sostenuti dalle aziende sanitarie presso le quali operano.

Infine, i medici in pensione, iscritti all'Albo ma che non svolgono più alcuna attività professionale, non sono obbligati a stipulare una polizza assicurativa, in quanto la semplice iscrizione all'Albo per giurisprudenza costante non costituisce prova dell'effettivo svolgimento di una attività professionale.

## **6. L'evoluzione della disciplina della responsabilità del professionista**

Il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, *Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutele della salute*<sup>32</sup>, ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina della responsabilità professionale medica.

L'art. 3 della legge di conversione, (primo comma) dispone: *“L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

Pertanto, se il sanitario, nello svolgimento della propria attività professionale, si attiene alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, in ambito penale si esclude la rilevanza della colpa lieve: ciò comporta il rafforzamento della posizione del medico, tenendo conto da un lato del rispetto delle 'linee guida', dall'altro lato del grado della colpa: *ratio* dichiarata dell'intervento legislativo fu il contenimento del contenzioso in tema di responsabilità medica.

Problema di non poco conto è rappresentato dall'individuazione delle linee guida, o buone pratiche, in quanto la legge nulla dice in relazione ai parametri da seguire per la determinazione di esse, causando un'assenza di criteri oggettivi per la determinazione della responsabilità del medico: le linee guida sono, in buona sostanza, raccomandazioni di comportamento clinico, prodotte

---

<sup>31</sup> Comunicazione n. 33/2013.

<sup>32</sup> Noto come 'Decreto Balduzzi', successivamente convertito nella l. 8 novembre 2012, n. 189.

attraverso un processo sistematico allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche.

La finalità delle linee guida risiede nell'indirizzare i comportamenti dei singoli operatori in modo appropriato e razionale, offrendo una sintesi ragionata delle rilevanti informazioni scientifiche disponibili.

Alla depenalizzazione nel caso di colpa lieve si associa poi, sotto il profilo civilistico, un mutamento altrettanto significativo, in quanto il primo comma dell'art. 3 della legge di conversione, richiamando l'art. 2043 cod. civ., comporta il passaggio dalla responsabilità contrattuale alla responsabilità extracontrattuale: la posizione del paziente danneggiato è, così, più difficoltosa sul piano probatorio nel caso di colpa lieve, mentre in quello di colpa grave (o di dolo) rimane inalterata.

In altri termini, il medico dipendente non risponde più nella sede contrattuale, in quanto il rapporto è instaurato con la struttura, ma solo in quella extracontrattuale.

Quindi, mentre il professionista per andare esente da responsabilità deve provare che la sua condotta è stata conforme alle regole dell'arte da seguire nelle circostanze in cui si è verificato il fatto, e la mancanza di colpa è consequenziale, il paziente che intenda invece provare la responsabilità del medico deve provare il danno ingiusto, il nesso causale fra condotta illecita e danno, nonché la colpa del danneggiante.

## **7. Conclusioni**

Il d.d.l. *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*<sup>33</sup>, proponendosi di incidere sui costi della medicina difensiva, è volto ad aumentare ulteriormente le tutele a favore dei professionisti sanitari, anche mediante l'istituzione di nuove procedure in tema di risarcimento del danno.

Se questa proposta legislativa sarà approvata nei termini attuali, l'obbligo di tentare la composizione del conflitto si configurerà esclusivamente in sede conciliativa secondo la procedura di accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 *bis* cod. proc. civ. da esperire prima dell'avvio di qualunque procedimento, con l'espressa esclusione del ricorso alla mediazione disciplinata dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nonché dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, che ha esteso all'intera sfera sanitaria l'obbligo della mediazione.

La partecipazione al procedimento di accertamento tecnico preventivo così delineata è obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione, e nel caso di mancata

---

<sup>33</sup> Atti Camera n. 1769 della XVII Legislatura, approvato il 28 gennaio 2016 dalla commissione Affari sociali della Camera, Approvato nel testo unificato il 28 gennaio 2016 (S.2224) ed attualmente (8 maggio 2016) in corso di esame in commissione.

partecipazione il giudice condanna chi non vi ha partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre ad una pena pecuniaria determinata equitativamente a favore delle parti che sono comparse<sup>34</sup>.

Pertanto, la procedura dell'art. 696 *bis* cod. proc. civ., che si caratterizza per il tentativo di conciliazione esperito dal CTU prima del deposito della relazione peritale, sarebbe l'unica via extragiudiziale percorribile.

Si consideri, inoltre, che il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, relativo alle procedure ADR nelle controversie di consumo e di utenza<sup>35</sup>, esclude dalla propria sfera applicativa i conflitti che hanno origine dalla prestazione di “*servizi non economici d'interesse generale*”, vale a dire prestati senza un diretto corrispettivo da pubbliche amministrazioni, quali le liti correlate all'assistenza sanitaria.

L'art. 10 della proposta legislativa specifica che “*l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico legale e ad uno specialista nella disciplina oggetto del giudizio*” soggetti che, non necessariamente, sono dotati delle capacità richieste ad un mediatore, tanto più che (*retro*, par.1) questa preparazione assume tratti strettamente peculiari nelle controversie in materia sanitaria.

E' vero che, fallito il tentativo di conciliazione ad opera dei due consulenti del giudice nessuno vieta alla parti di percorrere ulteriori vie extragiudiziali anziché agire subito in giudizio, ma questa eventualità non appare realisticamente molto probabile.

Maggiormente praticabile appare, forse, la possibilità di affiancare un mediatore professionale ai consulenti tecnici d'ufficio, ipotizzando così una sorta di lavoro d'*equipe* volto a conferire maggiori *chances* di successo al tentativo di raggiungere un accordo negoziato evitando l'instaurarsi di un giudizio.

Come si è avuto modo di rilevare<sup>36</sup> il d.l.C.p.S. 13 settembre 1946, n. 233 che disciplina l'esercizio delle professioni sanitarie attribuisce al consiglio direttivo di ciascun Ordine o Collegio il potere di conciliare le vertenze che coinvolgono i sanitari iscritti: questa potrebbe essere una sede ove ubicare il tentativo di conciliazione condotto dai periti di nomina giudiziale insieme a qualificati mediatori.

E' opportuno ricordare, a questo proposito, che nel corso del 2005 –cinque anni prima, quindi, che il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 rendesse obbligatorio il ricorso alla mediazione nelle controversie mediche prima dell'azione in giudizio- è stato attivo il progetto sperimentale di conciliazione fra cittadini e medici, denominato *Accordia*, promosso dell'Ordine dei Medici e degli

---

<sup>34</sup> Art. 7 bis, secondo il quale ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile in sede giudiziaria.

<sup>35</sup> C. Vaccà, *Il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 sulle adr per i consumatori: una grida per l'Azzecagarbugli?*, in questa *Rivista*, n. 10/2015, p. 9 ss.

<sup>36</sup> *Retro*, par. 1.

Odontoiatri della Provincia di Roma ed avente sede presso l'Ordine medesimo, che offriva gratuitamente la possibilità di risolvere in via amichevole le controversie insorte nel periodo gennaio 2003 - dicembre 2005 e riguardanti i rapporti fra pazienti e professionisti iscritti all'Ordine di Roma, con l'esclusione delle strutture pubbliche o private eventualmente coinvolte.

La richiesta del cittadino non doveva superare 25.000,00 euro e non doveva essere stata promossa alcuna azione legale nei confronti del sanitario; la procedura conciliativa si concludeva entro 90 giorni dalla presentazione della domanda, e si avvaleva di una commissione tecnica composta da medici ed avvocati, nonché della Camera di conciliazione di Roma, istituita dall'Ordine degli avvocati insieme alla Corte di appello della stessa città<sup>37</sup>.

Lo sportello di *Accordia* ha accolto circa 1000 segnalazioni nell'arco di un anno, il cui valore medio è stato di 18.000,00 euro, mostrando così che il ricorso alle ordinarie vie giudiziali non costituisce un fattore ineluttabile.

Fra i profili d'interesse di questa risalente iniziativa è da rilevare la possibilità di dialogo concessa alle parti, elemento essenziale per evitare il radicamento del conflitto: questa è la via da seguire senza attendere che le posizioni degenerino e si radicalizzino.

La pratica della mediazione -intesa quale prassi di rapporti interpersonali e non come procedimento formale e strutturato- è proficua allorché il conflitto non ha ancora assunto tratti giudiziari –come la richiesta di accertamento tecnico preventivo- ma si trova nella fase preliminare, quella in cui un sinistro, o un altro evento negativo, già ha avuto luogo, e le parti ancora tentano di dialogare, prima che gli scambi epistolari fra i legali abbiano il sopravvento.

Il *Manuale di formazione per il governo clinico: la sicurezza dei pazienti e degli operatori*, approntato dal Ministero della salute (retro, par. 1) opportunamente rileva (p. 15) che “*l'esperienza del personale delle Aziende Sanitarie coinvolto nella gestione dei casi di contenzioso giudiziario, di richieste di risarcimento danni e/o di reclami e di richieste di chiarimenti, ha fatto emergere come, anche quando l'oggetto protestato è una specifica prestazione tecnico-professionale, spesso ad esso si accompagna e si intreccia il fallimento della relazione professionista (e/o struttura) / paziente (e/o parente)*”.

Lo stesso Manuale sottolinea, poi, che “*un altro aspetto rilevante della gestione del rischio è quello della comunicazione tra le parti al sorgere di dinamiche conflittuali nate a seguito dell'esercizio dell'arte medica. La comunicazione deve essere preservata, incentivata e difesa al fine di divenire modalità di incontro e confronto in cui è possibile esprimere punti di vista, vissuti ed anche sentimenti che sottendono il conflitto e che aiutano a capire e talora anche ad accettare.*

---

<sup>37</sup> Interessante rilevare che al progetto *Accordia* partecipavano anche alcune imprese di assicurazione attive nel settore della r.c. medica, quali Unipol, Bernese, Mediolanum, Reale Mutua, Fondiaria-Sai.

*La prima fase è costituita dai colloqui preliminari condotti da due mediatori separatamente con ciascun configgente. Spesso il conflitto viene risolto già in questa prima fase: non è raro, infatti, che attraverso colloqui individuali, il confliggente rifletta sulla propria posizione e sui relativi vissuti superandoli e trovando così autonomamente un dialogo conciliativo con l'altro. Può anche accadere che il confliggente si rifiuti semplicemente di continuare il percorso, ma ciò non riduce l'importanza dell'ascolto che ha ricevuto”.*

Fra l'altro, è proprio nella prima fase del conflitto che il personale preposto agli Urp, uffici relazioni con il pubblico, comunica all'utente l'immagine della struttura sanitaria, implicitamente anticipando –e, di fatto, con il proprio comportamento determinando- i tratti che successivamente le relazioni fra le parti sono destinate ad assumere.

Si tratta, in definitiva, di valorizzare la prima occasione di incontro/scontro fra l'utente ed il personale sanitario per impostare, nei limiti del possibile, il dialogo che consentirà di giungere ad una soluzione extragiudiziale: non necessariamente, come si è detto, avviare una formale mediazione nel rispetto della procedura e delle regole giuridiche, bensì rendere possibile un proficuo dialogo fra le parti evitando che il conflitto degeneri.

Come è noto, il dialogo consente di riconoscerne le componenti emotive che sono alla base del conflitto, sì che la soluzione possa raggiungersi muovendo da queste, riducendo il rischio che disagi taciuti e malesseri nascosti possono deflagrare in conflitti destinati a scavare solchi profondi, dando luogo a procedimenti lunghi e costosi.

L'attivazione di adeguati percorsi formativi per il personale sanitario ed amministrativo, specie di quello addetto agli Urp, appare quindi una scelta di rilevanza strategica e sociale che, per essere efficace, deve considerare non soltanto i processi organizzativi e le relative azioni di intervento laddove siano riscontrabili carenze, ma in particolar modo le persone preposte alla gestione delle procedure a fronte di situazioni per loro natura ricche di complessità.

Coerentemente a quanto indicato dal *Manuale di formazione* del Ministero della salute, la cultura della mediazione deve divenire parte essenziale della formazione di base dei tutti i protagonisti della sfera sanitaria, quale vera prevenzione per abbattere il numero dei conflitti: medici, infermieri, dirigenti amministrativi e sanitari, dovrebbero, quindi, sapere come comportarsi nel dialogo con gli utenti sin dal nascere di ogni contrasto.

Si consideri, del resto, nel caso di approvazione nel testo attuale del richiamato d.d.l. *Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*, la formazione continua di tutti gli operatori dovrà rappresentare un elemento essenziale del nostro sistema sanitario in quanto (art. 1) il diritto alla 'sicurezza delle cure' è parte costitutiva del diritto alla

salute, che si realizza mediante l'insieme di attività organizzative, formative, educative, relazionali, gestionali, valutative e di sviluppo continuo delle competenze degli operatori.

Ogni struttura dovrà, poi, attivare (art. 2) la funzione di *risk management* per rilevare, prevenire ed affrontare ogni tipo di rischio, mentre le funzioni di Garante per il diritto alla salute sono attribuite (art. 3) al difensore civico regionale, al quale il paziente può richiedere gratuitamente assistenza nel caso in cui ritenga di essere stato danneggiato;

L'Osservatorio nazionale sicurezza in sanità (art. 4) presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (Agenas) ha il compito di acquisire dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente i dati regionali relativi agli errori sanitari ed all'onere finanziario del contenzioso, individuando linee di indirizzo per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario, oltre che per la formazione e l'aggiornamento del personale.

Rinviando una più approfondita analisi al testo che sarà definitivamente approvato, l'articolato mostra, comunque, diversi aspetti che inducono a perplessità: il difensore civico, innanzitutto, sin da quando il suo ambito era ancora comunale, non ha ricevuto mezzi e strutture che gli consentissero di operare con efficacia, risorse ancor più necessarie per far fronte alle competenze specialistiche che si vorrebbero ora assegnare a questa figura, a torto sempre considerata di secondo piano.

L'accertamento tecnico preventivo, che la proposta legislativa considera l'unico strumento per evitare l'instaurarsi di un giudizio ordinario, indubbiamente presenta elementi di efficacia, ma su di un piano completamente diverso, ed assai più riduttivo rispetto alla mediazione: il sospetto che questa scelta sia frutto di un compromesso con le imprese di assicurazione, che sempre hanno visto la mediazione come il fumo negli occhi, è pertanto lecito.